SÜDDEUTSCHE JURISTEN-ZEITUNG

Herausgeber:

Prof. Dr. Karl Geiler · Prof. Dr. Walter Hallstein · Großhessen

Dr. Hermann Steidle · Prof. Dr. Gustav Radbruch · Württemberg-Baden · Dr. Hans Ehard · Bayern

Verlag Lambert Schneider · Heidelberg · Redaktion: Dr. Heinz Kleine · Heidelberg · Philosophenweg 16

Jg. 1 · Nr. 5 Lizenz Nr. US · W · 1007 August 1946

INHALTSVERZEICHNIS

Wissenschaftlicher Teil

Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht

von Prof. Dr. Gustav RADBRUCH, Heidelberg

I

Mittels zweier Grundsätze wußte der Nationalsozialismus seine Gefolgschaft, einerseits die Soldaten, andererseits die Juristen, an sich zu fesseln: »Befehl ist Befehl« und »Gesetz ist Gesetz«. Der Grundsatz »Befehl ist Befehl« hat nie uneingeschränkt gegolten. Die Gehorsamspflicht hörte bei Befehlen zu verbrecherischen Zwecken des Befehlenden auf (MStrGB § 47). Der Grundsatz »Gesetz ist Gesetz« kannte dagegen keine Einschränkung. Er war der Ausdruck des positivistischen Rechtsdenkens, das durch viele Jahrzehnte fast unwidersprochen die deutschen Juristen beherrschte. Gesetzliches Unrecht war deshalb ebenso wie übergesetzliches Recht ein Widerspruch in sich. Vor beide Probleme sieht sich die Praxis jetzt immer wieder gestellt. So wurde in der SJZ (S. 36) eine Entscheidung des Amtsgerichts Wiesbaden veröffentlicht und besprochen, nach der »die Gesetze, die das Eigentum der Juden dem Staat für verfallen erklärten, mit dem Naturrecht in Widerspruch stünden und schon zur Zeit ihres Erlasses nichtig gewesen seien«.

II

Auf dem Gebiet des Strafrechts ist dasselbe Problem namentlich durch Erörterungen und Entscheidungen innerhalb der russischen Zone aufgeworfen worden.

1. In einer Hauptverhandlung vor dem thüringischen Schwurgericht in Nordhausen wurde der Justizamtsangestellte Puttfarken, welcher durch eine Denunziation die Verurteilung und Hinrichtung des Handelsmanns Göttig herbeigeführt hatte, zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilt. Puttfarken hatte Göttig wegen einer von ihm in einem Abort hinterlassenen Inschrift angezeigt: »Hitler ist ein Massenmörder und schuld am Kriege«. Die Verurteilung war nicht allein wegen dieser Inschrift, sondern auch wegen Hörens ausländischer Sender erfolgt. Das Plädoyer des thüringischen Generalstaatsanwalts, Dr. Kuschnitzki, ist durch die Presse (»Thüringer Volk«, Sonneberg, 10. Mai 1946) ausführlich wiedergegeben worden. Der Generalstaatsanwalt erörtert zunächst die Frage: war die Tat rechtswidrig? »Wenn der Angeklagte erklärt, er habe die Anzeige aus nationalsozialistischer Überzeugung erstattet, so ist dies rechtlich unbeachtlich. Es gibt keine Rechtspflicht zum Denunzieren, auch nicht aus politischer Überzeugung. Auch in der Hitlerzeit hat diese Rechtspflicht nicht bestanden. Entscheidend ist, ob er im Dienst der Rechtspflege tätig war. Dies setzt voraus, daß die Justiz in der Lage ist, Recht zu sprechen. *Gesetzmäßigkeit, Streben nach Gerechtigkeit, Rechtssicherheit sind die Erfordernisse einer Justiz.* Alle drei Voraussetzungen fehlen bei der politischen Strafjustiz in der Hitlerzeit.«

»Wer in diesen Jahren einen anderen denunzierte, mußte damit rechnen — und hat es auch getan —, daß er den Angeklagten nicht einem gesetzmäßigen Gerichtsverfahren mit rechtlichen Garantien für die Ermittlung der Wahrheit und für ein gerechtes Urteil überantwortete, sondern der Willkür.«

»Ich schließe mich insoweit in vollem Umfange einem Rechtsgutachten an, das der Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Jena, Herr Professor Dr. *Lange*, zu dieser Frage erstattet hat. So bekannt waren die Verhältnisse im Dritten Reich, daß man genau wußte: Wenn jemand wegen eines Zettels »Hitler ist ein Massenmörder und an diesem Kriege schuld« im dritten Kriegsjahr zur Verantwortung gezogen wurde, daß dieser Mann dann mit dem Leben nicht davonkommen könnte. *Wie* die Justiz das Recht beugen würde, konnte ein Mann wie Puttfarken gewiß nicht übersehen, aber er konnte sich schon darauf verlassen, *daß* sie das fertigbringen würde.«

»Es bestand auch keine Rechtspflicht zur Anzeige aus § 139 StGB. Zwar wird in dieser Bestimmung derjenige mit Strafe bedroht, der von dem Vorhaben eines Hochverrats glaubhafte Kenntnis erhält und es unterläßt, der Behörde hiervon rechtzeitig Anzeige zu machen; zwar steht fest, daß Göttig wegen *Vorbereitung zum Hochverrat* vom Oberlandesgericht Kassel zum Tode verurteilt worden ist, aber im Rechtssinne hat keineswegs eine Vorbereitung zum Hochverrat vorgelegen. Der von *Göttig* mutig verkündete Satz: »Hitler ist ein Massenmörder und am Kriege schuld« war allemal nur die blanke Wahrheit. Wer ihn verbreitete und verkündete, bedrohte weder das Reich noch seine Sicherheit. Er machte nur den Versuch, zur Beseitigung des Verderbers des Reiches beizutragen und so das Reich retten zu wollen, also das Gegenteil von Hochverrat. Jede Trübung dieses klaren Tatbestandes durch formaljuristische Bedenken ist abzulehnen. Es kann überdies zweifelhaft sein, ob der sogenannte Führer und Reichskanzler überhaupt jemals als legaler Staatschef anzusehen, ob er daher durch die Hochverratsparagraphen geschützt war. Keinesfalls also hat der Angeklagte bei seiner Anzeige Überlegungen über die rechtliche Subsumierung seiner Tat angestellt und dem Grade seiner Einsicht nach auch nur anstellen können. Er hat auch nie erklärt, daß er Göttig deshalb angezeigt habe, weil er in der Tat Göttigs ein hochverräterisches Unternehmen gesehen habe und sich deshalb zur Anzeige für verpflichtet hielt«.

Der Generalstaatsanwalt wendet sich sodann zu der Frage: War die Tat schuldhaft?

»Puttfarken gibt im wesentlichen zu, er habe Göttig aufs Schafott bringen wollen. Eine Reihe von Zeugen hat das bestätigt. *Das ist der Vorsatz des Mörders im Sinne von § 211 StGB.* Daß ein Gericht im Dritten Reich Göttig zum Tode verurteilt hat, steht der Täterschaft des Puttfarken nicht entgegen. *Er ist mittelbarer Täter.* Zwar ist zuzugeben, daß der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelte Begriff der mittelbaren Täterschaft regelmäßig andere Tatbestände im Auge hat, vorwiegend solche, in denen der mittelbare Täter sich willenloser oder unzurechnungsfähiger Werkzeuge bedient. An den Fall, daß ein deutsches Gericht Werkzeug eines Verbrechers sein könnte, hatte früher niemand gedacht. Wir stehen aber heute nun einmal vor solchen Tatbeständen. Und der Fall Puttfarken wird *nicht der einzige sein.* Daß das Gericht *formell* rechtmäßig handelte, als es das Unrechtsurteil verkündete, kann der mittelbaren Täterschaft nicht entgegenstehen. Im übrigen sind insoweit etwa bestehende Bedenken durch das thüringische Ergänzungsgesetz vom 8. 2. 1946 aus dem Wege geräumt, das in Art. II dem § 47 Abs. 1 StGB zur Behebung von Zweifeln folgende Fassung gibt: »Als Täter wird bestraft, wer schuldhaft die strafbare Handlung selbst oder durch einen anderen ausführt, auch wenn der andere rechtmäßig handelt.« Neues, mit rückwirkender Kraft ausgestattetes materielles Recht wird dadurch nicht gesetzt; es handelt sich lediglich um eine authentische Interpretation seit 1871 geltenden Strafrechts[1]«.

»Ich selbst bin der Auffassung, daß nach sorgfältigem Abwägen des Für und Wider der Annahme eines Mordes in mittelbarer Täterschaft Bedenken *nicht* entgegenstehen können. Aber nehmen wir einmal an, und wir müssen damit rechnen, daß das Gericht vielleicht auch zu einer anderen Auffassung kommt, was käme da in Frage? Lehnt man die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft ab, so wird man kaum umhin können, *die Richter, die Göttig wider Recht und Gesetz zum Tode verurteilten, als Mörder anzusehen.* Dann hätte der Angeklagte *Beihilfe zum Mord* geleistet und wäre aus diesem Gesichtspunkt zu bestrafen. Sollten sich auch dem gewichtige Bedenken entgegenstellen — und ich verkenne sie nicht —, so bleibt das Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrates vom 30. Januar 1946, nach dessen Artikel 2c sich der Angeklagte eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht hätte. Im Rahmen dieses Gesetzes kommt es nicht mehr darauf an, ob das nationale Recht des Landes verletzt ist. Unter Strafe gestellt sind unmenschliche Handlungen und Verfolgungen aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen schlechthin. Nach Artikel 2, 3 ist der Verbrecher mit der Strafe zu belegen, die das Gericht als gerecht bestimmt. Auch Todesstrafe[2]«.

»Ich bin im übrigen als Jurist gewöhnt, mich auf rein juristische Wertung zu beschränken. Man tut immer gut, sich *über* die Sache zu stellen und sie mit gesundem Menschenverstand zu betrachten. Juristerei ist stets nur das Instrument, das der verantwortungsbewußte Jurist benutzt, um zu einem rechtlich haltbaren Urteil zu kommen«.

Das Schwurgericht verurteilte nicht wegen mittelbarer Täterschaft, sondern wegen Beihilfe zum Morde. Danach müßten die Richter, die den Göttig wider Recht und Gesetz zum Tode verurteilt haben, des Mordes schuldig sein[3].

2. Wirklich wird in der Presse (Tägl. Rundschau v. 14. 3. 1946) von dem Generalstaatsanwalt des Bundeslands Sachsen, Dr. J. U. Schroeder, die Absicht angekündigt, die strafrechtliche »Verantwortlichkeit für unmenschliche Richtersprüche« geltend zu machen, auch wenn solche Richtersprüche auf Grund nationalsozialistischer Gesetze ergangen seien:

»Die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Parteistaates, auf Grund deren Todesurteile, wie die angeführten, ergangen sind, *entbehrt jeder rechtlichen Gültigkeit*«.

»Sie beruht auf dem sogenannten *»Ermächtigungsgesetz«*, das nicht mit der verfassungsmäßig nötigen Zweidrittelmehrheit zustandegekommen ist. Hitler hatte die kommunistischen Reichstagsabgeordneten gewaltsam an der Teilnahme der Sitzungen gehindert, sie unter Mißachtung ihrer Immunität verhaften lassen. Die verbliebenen Abgeordneten namentlich aus dem Zentrum, wurden durch die Drohung mit der SA zur Abgabe ihrer Stimmen für die Ermächtigung genötigt[4]«.

»Kein Richter kann sich auf ein Gesetz berufen und die Rechtsprechung danach handhaben, auf ein Gesetz, das nicht nur ungerecht, das *verbrecherisch* ist. Wir berufen uns auf die *Menschenrechte*, die über allen geschriebenen Satzungen stehen, auf das unentziehbare, unvordenkliche Recht, das verbrecherischen Befehlen unmenschlicher Tyrannen Geltung versagt.«

»Von diesen Erwägungen ausgehend, glaube ich, daß Richter angeklagt werden müssen, die mit den Geboten der Humanität unvereinbare Urteile gesprochen und wegen Nichtigkeiten auf Todesstrafe erkannt haben[5]«.

3. Aus Halle wird gemeldet, daß die Scharfrichtergehilfen Kleine und Rose wegen aktiver Teilnahme an zahlreichen unrechtmäßigen Hinrichtungen zum Tode verurteilt seien. Kleine war von April 1944 bis März 1945 an 931 Urteilsvollstreckungen beteiligt, wofür er 26433 RM. an Vergütungen bezog. Die Verurteilung scheint auf Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrats (Verbrechen gegen Menschlichkeit) gegründet zu sein. »Die beiden Angeklagten übten ihren grausigen Beruf aus freien Stücken aus, denn jedem

[1] In seiner Ausgabe des StGB in der Thüringischen Fassung (Weimar 1946) sagt Professor Richard Lange (S. 13), es seien »über den Begriff der mittelbaren Täterschaft in Fällen, in denen der Täter die Rechtspflege zur Verfolgung seiner verbrecherischen Zwecke mißbraucht hatte (Prozeßbetrug, politische Denunziation), vielfach Zweifel aufgetaucht. Art. II des Gesetzes zur Ergänzung usw. vom 8. 2. 46 stelle deshalb klar, daß mittelbare Täterschaft auch dann strafbar ist, wenn der Benutzte in Erfüllung einer Amtspflicht oder selbst rechtmäßig gehandelt habe«.

[2] Die Strafbarkeit nach KontrGes 10 wird im folgenden nicht erörtert, weil dafür die deutschen Gerichte nicht primär zuständig sind (Art. III 1d).

[3] Ein anderes Verfahren wegen Denunziation fand gegen die Denunzianten der Geschwister Scholl vor der Münchner Spruchkammer statt. Die Denazifizierung richtet sich gegen eine politisch und moralisch minderwertige Gesinnung, ohne nach der Gesetzesmäßigkeit oder Rechtmäßigkeit oder der Schuldhaftigkeit ihrer Betätigung fragen zu müssen. Daraus folgt die Grenzziehung gegenüber der Strafrechtspflege, aber auch die Überschneidung mit ihr. Vgl. Art. 22 des Befreiungsgesetzes.

[4] Es hätte auch der Erörterung bedurft, inwieweit revolutionär entstandene Ordnungen durch die »normative Kraft des Faktischen« zu geltendem Recht geworden sind; auch die Angabe, daß die Zweidrittelmajorität für das Ermächtigungsgesetz nur durch die Ausscheidung der Kommunisten zustande gekommen sei, ist nach freundlichem Hinweis des Herrn Kollegen Jellinek unzutreffend.

[5] Für die strafrechtliche Verantwortung für nicht rechtmäßige Richtersprüche auch Buchwald in seiner beachtlichen Schrift »Gerechtes Recht«, Weimar 1946, S. 5ff.

Scharfrichter steht es frei, jederzeit von seiner Tätigkeit aus gesundheitlichen oder sonstigen Gründen zurückzutreten.« (Liberaldemokratische Zeitung, Halle, 12. 6. 46.)

4. Aus dem Bundesland Sachsen wird ferner der folgende Fall bekannt (Artikel des Generalstaatsanwalts Dr. J. U. Schroeder vom 9. 5. 46): Im Jahre 1943 war ein an der Ostfront eingesetzter sächsischer Soldat, der zur Bewachung von Kriegsgefangenen kommandiert war, desertiert, »angeekelt von der unmenschlichen Behandlung, die die Gefangenen erfuhren, vielleicht auch des Dienstes in Hitlers Truppen müde«. Er konnte es sich nicht versagen, auf der Flucht in der Wohnung seiner Frau einzusprechen, wurde hier entdeckt und sollte von einem Wachtmeister abgeholt werden. Es gelang ihm, sich unbemerkt seiner geladenen Dienstpistole zu bemächtigen und den Wachtmeister hinterrücks durch einen Schuß niederzustrecken. Im Jahre 1945 kehrte er aus der Schweiz nach Sachsen zurück. Er wurde verhaftet, und die Staatsanwaltschaft schickte sich an, gegen ihn wegen heimtückischer Tötung des Beamten Anklage zu erheben. Der Generalstaatsanwalt ordnete Freilassung und Einstellung des Verfahrens an. Er sah § 54 als gegeben an. Die Unverschuldetheit des Notstands begründet er damit, daß, »was damals von den Rechtswahrern als Recht ausgegeben wurde, heute nicht mehr gelte. Fahnenflucht aus Hitlers und Keitels Armee enthalte für unsere Rechtsauffassung keine Verfehlung, die den Flüchtigen entehre und seine Bestrafung rechtfertige; sie gereiche ihm nicht zur Schuld.«

Allerorten wird also unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Unrechts und des übergesetzlichen Rechts der Kampf gegen den Positivismus aufgenommen.

III

Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. Freilich: *einen* Wert führt schon jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft. Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. In der Rangordnung dieser Werte haben wir die Zweckmäßigkeit des Rechts für das Gemeinwohl an die letzte Stelle zu setzen. Keineswegs ist Recht alles das, »was dem Volke nützt«, sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt. Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit. Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, ist zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit. Wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und zwischen einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor. Diesen Konflikt bringt großartig das Evangelium zum Ausdruck, indem es einerseits befiehlt: »Seid untertan der Obrigkeit, die Gewalt über euch hat«, und doch andererseits gebietet, »Gott mehr zu gehorchen als den Menschen«. Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur »unrichtiges Recht«, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. An diesem Maßstab gemessen sind ganze Partien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt. Die hervorstechendste Eigenschaft in Hitlers Persönlichkeit, die von ihm aus auch zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen »Rechts« geworden ist, war sein völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechtssinn: weil ihm jeder Wahrheitssinn fehlte, konnte er dem jeweils rednerisch Wirksamen ohne Scham und Skrupel den Akzent der Wahrheit geben; weil ihm jeder Rechtssinn fehlte, konnte er ohne Bedenken die krasseste Willkür zum Gesetz erheben. Am Anfang seiner Herrschaft stand jenes Sympathie-Telegramm an die Potempa-Mörder, am Ende die grauenhafte Entehrung der Märtyrer des 20. Juli 1944. Schon anläßlich des Potempa-Urteils hatte Alfred Rosenberg im »Völkischen Beobachter« die Theorie dazu geliefert: Mensch sei nicht gleich Mensch, und Mord sei nicht gleich Mord; die Ermordung des Pazifisten Jaurès sei in Frankreich mit Recht anders bewertet worden als der Mordversuch an dem Nationalisten Clemenceau; ein Täter, der aus vaterländischen Motiven gefehlt hat, könne unmöglich derselben Strafe unterworfen werden, wie ein anderer, dessen Beweggründe sich (nach nationalsozialistischer Auffassung) gegen das Volk richten. Damit war von vornherein ausgesprochen, daß nationalsozialistisches »Recht« sich der wesensbestimmenden Anforderung der Gerechtigkeit, der gleichen Behandlung des Gleichen, zu entziehen gewillt war. Infolgedessen entbehrt es insoweit überhaupt der Rechtsnatur, ist nicht etwa unrichtiges Recht, sondern überhaupt kein Recht. Das gilt insbesondere von den Bestimmungen, durch welche die nationalsozialistische Partei entgegen dem Teilcharakter jeder Partei die Totalität des Staates für sich beanspruchte. Der Rechtscharakter fehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten. Ohne Rechtscharakter sind auch alle jene Strafdrohungen, die ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur geleitet von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedenster Schwere mit der gleichen Strafe, häufig mit der Todesstrafe, bedrohten. Alles das sind nur Beispiele gesetzlichen Unrechts.

Es darf nicht verkannt werden – gerade nach den Erlebnissen jener zwölf Jahre –, welche furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit der Begriff des »gesetzlichen Unrechts«, die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze mit sich bringen kann. Wir müssen hoffen, daß ein solches Unrecht eine einmalige Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes bleiben werde, aber für alle möglichen Fälle haben wir uns durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus, der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Mißbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete, gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtsstaates zu wappnen[6].

IV

Das gilt für die Zukunft. Gegenüber dem gesetzlichen Unrecht jener vergangenen zwölf Jahre müssen wir die Forderung der Gerechtigkeit mit einer möglichst geringen Einbuße an Rechtssicherheit zu verwirklichen suchen. Nicht jeder Richter sollte auf eigene Faust Gesetze entwerfen dürfen, diese Aufgabe sollte vielmehr einem höheren Gericht oder der Gesetzgebung (so auch Kleine, SJZ S. 36) vorbehalten bleiben. Ein solches Gesetz ist in der amerikanischen Zone auf Grund einer Übereinkunft im Länderrat bereits erlassen: das »Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege«. Dadurch, daß nach ihm »politische Taten, durch die dem Nationalsozialismus oder Militarismus Widerstand geleistet wurde, nicht strafbar« sind, werden z. B. die Schwierigkeiten des Deserteur-Falls (oben Nr. 4) gelöst. Dagegen ist das Schwestergesetz, das »Gesetz zur Ahndung nationalsozialistischer Straftaten«, auf die andern hier behandelten Fälle nur anwendbar, wenn die Strafbarkeit solcher Taten schon nach dem Rechte ihrer Begehungszeit bestand. Wir haben

[6] Für übergesetzliches Recht tritt auch Buchwald aaO. S. 8ff ein. Vgl. ferner Roemer in SJZ S. 5ff.

also unabhängig von diesem Gesetz die Strafbarkeit jener andern drei Fälle nach dem Recht des RStGB zu prüfen.

In dem hier besprochenen Denunzianten-Fall ist die Annahme mittelbarer Täterschaft eines Tötungsverbrechens in der Person des Denunzianten nicht zu beanstanden, wenn bei ihm ein Tätervorsatz in dieser Richtung bestanden hat, zu dessen Verwirklichung er sich des Strafgerichts als Werkzeug und des juristischen Automatismus eines Strafprozesses als Mittels bedient hat. Ein solcher Vorsatz liegt besonders in solchen Fällen vor, »in denen der Täter ein Interesse an der Beseitigung des Verdächtigten hatte, sei es, um seine Frau zu heiraten, oder sich in den Besitz seiner Wohnung oder seiner Stellung zu setzen, sei es aus Rachsucht und dergleichen (so das erwähnte Gutachten von Professor Richard Lange in Jena)[7]. Wie mittelbarer Täter ist, wer sein Befehlsrecht gegen Gehorsamspflichtige zu verbrecherischen Zwecken mißbraucht hat, so ist auch der mittelbarer Täter, der zu verbrecherischen Zwecken durch eine Denunziation den Justiz-Apparat in Funktion gesetzt hat. Die Benutzung des Gerichts als eines bloßen Werkzeugs ist besonders deutlich in denjenigen Fällen, in denen der mittelbare Täter mit einer politisch tendenziösen Ausübung des Strafrichteramts, sei es aus politischem Fanatismus, sei es unter dem Druck der damaligen Machthaber, rechnen konnte und gerechnet hat. Hatte der Denunziant diesen Tätervorsatz nicht, wollte er vielmehr nur dem Gericht Material liefern und das weitere dessen Entscheidung überlassen, dann kann er als Verursacher der Verurteilung und mittelbar der Vollstreckung der Todesstrafe nur dann wegen Beihilfe bestraft werden, wenn das Gericht seinerseits durch das Urteil und dessen Vollstreckung sich eines Tötungsverbrechens schuldig gemacht hat. Diesen Weg ist das Nordhäuser Gericht in der Tat gegangen.

Die Strafbarkeit der Richter wegen Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihnen begangenen Rechtsbeugung (§§ 336, 344 StGB) voraus. Denn das Urteil des unabhängigen Richters darf Gegenstand einer Bestrafung nur dann sein, wenn er gerade den Grundsatz, dem jene Unabhängigkeit zu dienen bestimmt war, die Unterworfenheit unter das Gesetz, d. h. unter das Recht, verletzt hätte. Wenn an der Hand der von uns entwickelten Grundsätze festgestellt werden kann, daß das angewandte Gesetz kein Recht war, das angewandte Strafmaß, etwa die nach freiem Ermessen erkannte Todesstrafe, jedem Willen zur Gerechtigkeit Hohn sprach, liegt objektiv Rechtsbeugung vor. Aber konnten Richter, die von dem herrschenden Positivismus soweit verbildet waren, daß sie ein anderes als das gesetzte Recht nicht kannten, bei der Anwendung positiver Gesetze den Vorsatz der Rechtsbeugung haben? Auch wenn sie ihn hatten, bleibt ihnen als ein letzter, freilich peinlicher, Rechtsbehelf die Berufung auf die Lebensgefahr, die sie selbst durch die Auffassung nationalsozialistischen Rechts als gesetzlichen Unrechts über sich herabbeschworen hätten, die Berufung auf den Notstand des § 54 StGB – peinlich, da das Ethos des Richters auf Gerechtigkeit um jeden Preis, auch den des Lebens, gerichtet sein sollte.

Am einfachsten erledigt sich die Frage der Strafbarkeit der beiden Scharfrichtergehilfen wegen der Vollstreckung von Todesurteilen. Man darf sich weder durch den Eindruck von Menschen bestimmen lassen, die sich aus der Tötung anderer Menschen ein Gewerbe machen, noch durch die damalige Hochkonjunktur und Einträglichkeit jenes Gewerbes. Schon als der Scharfrichterberuf noch eine Art erblichen Handwerks war, pflegten sich die Inhaber dieses Gewerbes immer wieder damit zu entschuldigen, daß sie nur exequierten, zu judizieren aber die Aufgabe der Herren Richter sei. »Die Herren steuern dem Unheil, ich exequiere ihr Endurteil« – dieser Spruch von 1698 kommt so oder ähnlich immer wieder auf den Klingen von Richtschwertern vor. Wie das Todesurteil eines Richters nur dann strafbare Tötung darstellen kann, wenn es auf Rechtsbeugung beruht, so kann der Nachrichter wegen einer Hinrichtung nur dann bestraft werden, wenn sie dem Tatbestand des § 345: vorsätzliche Vollstreckung einer Strafe, die nicht zu vollstrecken ist, darstellt. Karl Binding (Lehrbuch, Besonderer Teil, Bd. 2, 1905, S. 569) sagt über diesen Tatbestand: in analogem Verhältnis wie der Richter zum Gesetz stehe der Vollstreckungsbeamte zum vollstreckbaren Urteil; seine ganze und einzige Pflicht bestehe in dessen exakter Verwirklichung. Das Urteil bestimme seine ganze Tätigkeit: »Sie bleibt gerecht, soweit sie es befolgt, sie wird ungerecht, soweit sie von ihm abweicht. Da in dieser Verleugnung der einzigen für die Vollstreckung als solche maßgebenden Autorität der Kernpunkt der Schuld liegt, so kann man das Delikt (des § 345) als Urteilsbeugung bezeichnen.« Eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Urteils liegt dem Scharfrichter nicht ob. Die Annahme seiner Unrechtmäßigkeit kann ihm also nicht schaden, die Nichtaufgabe seines Gewerbes als rechtswidrige Unterlassung nicht zugerechnet werden.

[7] Es ist freilich ein Gipfel des Subjektivismus in der Teilnahmelehre, daß der Tätervorsatz — nach Art eines »subjektiven Unrechtselements« — die Rechtswidrigkeit — in der Person des mittelbaren Täters mit sich bringt, die in der Person des Tatmittlers fehlt.

V

Wir sind nicht der in Nordhausen ausgesprochenen Meinung, daß »formaljuristische Bedenken« geeignet seien, »den klaren Tatbestand zu trüben«. Wir sind vielmehr der Meinung, daß es nach zwölf Jahren Verleugnung der Rechtssicherheit mehr als je notwendig sei, sich durch »formaljuristische« Erwägungen gegen die Versuchungen zu wappnen, welche sich begreiflicherweise in jedem, der zwölf Jahre der Gefährdung und Bedrückung durchlebt hat, leicht ergeben können. Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist, und einen Rechtsstaat wieder aufzubauen, der beiden Gedanken nach Möglichkeit Genüge zu tun hat. Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.

Zum Verfassungsproblem

von Prof. Dr. Franz W. JERUSALEM, Frankfurt/Main

Zum zweiten Male binnen eines Menschenalters tritt die Notwendigkeit an uns heran, eine neue Staatsverfassung aufzurichten, zum zweiten Male als Folge eines verlorenen Krieges und des Zusammenbruchs des bisherigen Regimes, zum zweiten Male unter dem Drucke eines Siegers, der wiederum von uns eine demokratische Verfassung verlangt.

Aber wie anders stellt sich die heutige Situation gegenüber derjenigen von 1919 dar! Damals das bloße Ende des monarchischen Prinzips, das ein Teilstück der Verfassung war. Es war möglich, diese im wesentlichen aufrechtzuerhalten. Es war der Satz erlaubt, daß der Staat in seinem Wesen der gleiche geblieben sei, daß sich nur einiges an seinem Bau geändert habe. Heute ist der Staat wirklich zusammengebrochen. Nur Ruinen sind von ihm übrig geblieben. Ein Neubau ist nur von den Ländern her möglich, die, durch das Naziregiment ihres staatlichen Charakters entkleidet, als öffentlich-rechtliche Körperschaften zu bloßen Beauftragten des Reiches in bezug auf die Vollziehung von Reichsgewalt geworden waren. Aber auch die Länder sind gleichsam nur als Prinzip übrig geblieben. Ihre historische Gestalt ist teils verschwunden oder wenigstens verändert, teils nach dem Willen der Siegermächte bedroht, um nach anderen Prinzipien neu gebildet zu werden.

Aber gleichwohl, die Arbeiten für eine neue Verfassung sind, wenigstens für den Bereich der einzelnen Länder, im Gange, in Beratungen und Beschlußfassungen, im Schoße von Regierungen und Parteien. Konstituierende Landesversammlungen werden zusammentreten, um die Verfassung festzulegen.

Es erhebt sich die skeptische Frage: Ist es möglich, bereits jetzt an einen endgültigen Verfassungsaufbau, wenn auch nur in den Ländern zu denken, genügt es einfach, Verfassungsgesetze zu beschließen und durch Plebiszite zu bestätigen? Gehört nicht mehr dazu?

Zunächst: Was ist eine Verfassung? Sie ist in dem hier gemeinten Sinne ein Grundgesetz; durch sie soll die Organisation der Staatsgewalt in einem Gemeinwesen festgelegt werden. Sie bestimmt in erster Linie, welche gesellschaftlichen Kräfte bei der Vollziehung der Staatsgewalt beteiligt sein sollen. Da für uns nur eine demokratische Staatsform in Betracht kommt – sie ist unser Schicksal, ganz abgesehen von dem Willen der Siegermächte, mögen wir wollen oder nicht –, so bedeutet Organisation der Staatsgewalt, daß die *Gesamtheit* der Kräfte der Gesellschaft bei der Vollziehung der